

LA SOUFFRANCE ET L'INCOMMENSURABILITÉ*

Nicolas Préville-Ratelle**

En 1978, la Cour suprême dans l'arrêt Andrews a imposé un plafond de 100 000 \$ aux dommages corporels non pécuniaires. À l'opposé, la Cour suprême dans les arrêts Snyder (1998) et Hill (1995) a décidé que le plafond de l'arrêt Andrews ne s'appliquait pas aux recours en diffamation et aux dommages moraux non pécuniaires. Cette situation apparaît encore aujourd'hui injuste. En quoi la souffrance morale est-elle si différente de la souffrance corporelle? Cet article part de cette apparence d'injustice afin d'explorer l'une des intuitions que nous avons de la souffrance, c'est-à-dire l'incommensurabilité de la souffrance, et ce, afin de mieux comprendre la souffrance et l'indemniser plus adéquatement et justement. Face à une confusion devenue inévitable dans les approches de l'évaluation du préjudice non pécuniaire, une meilleure connaissance des choix d'incommensurabilité et de commensurabilité permet de proposer une méthode d'évaluation des indemnités qui est à la fois équitable, cohérente et prévisible : c'est-à-dire l'approche conceptuelle personnalisée à raisonabilité fonctionnelle.

In 1978, the Supreme Court in Andrews imposed a ceiling of \$100 000 on compensation for the bodily non-pecuniary injury. In contrast, the Supreme Court in Snyder (1998) and Hill (1995) had decided that the ceiling of Andrews does not apply to actions in defamation and moral non-pecuniary damages. Today, this situation still appears to be unjust. How is moral suffering so different from the bodily suffering? This article starts from this unfairness to explore our intuition that suffering is incommensurable. The objective is to determine how the law could better understand suffering and compensate it more adequately and fairly. Considering the now-inevitable confusion in the methods of assessment of non-pecuniary injury, a better comprehension of the choices of incommensurability and commensurability permits us to identify a method of assessment of indemnities which is fair, consistent and predictable. The author calls this method the "personalized-conceptual approach with functional reasonableness".

* Cet article est une version remaniée d'un chapitre d'une thèse présentée à l'Université McGill dans l'accomplissement partiel des exigences du diplôme de maîtrise en droit (LLM).

** Nicolas Préville-Ratelle est avocat et membre du Barreau du Québec.

1. *Prélude : La Qualification du Préjudice*

Cet article porte sur la question de l'incommensurabilité dans le droit de la réparation de la souffrance. Malheureusement, les divergences terminologiques sont inévitables dans le débat sur la réparation de la souffrance devant les tribunaux. Aux fins de cet article, ce prélude vise à préciser la signification des expressions « préjudice corporel », « préjudice moral » et « préjudice non pécuniaire », afin d'éviter toute confusion que peuvent engendrer les divergences qui existent actuellement dans la doctrine et dans la jurisprudence quant à l'emploi de ces termes.

Officiellement, le concept de préjudice corporel est apparu dans le droit québécois avec la réforme du *Code civil du Québec* en 1994. Avant 1994, il n'était pas question de « préjudice », et encore moins de « préjudice corporel, matériel ou moral ». Sous le *Code civil du Bas-Canada*, le texte de l'article 1053 ne parlait pas de préjudice. Il se limitait simplement au mot « dommage », sans plus de précision : « Toute personne capable de discerner le bien du mal est responsable du dommage causé par sa faute à autrui, soit par son fait, soit par imprudence, négligence ou inhabileté. » Le terme « corporel » se retrouvait seulement aux articles 2262 CcBC, en matière de prescription (« lésions ou blessures corporelles »), et 1056 b, protégeant la victime de « blessures corporelles » contre les déclarations et transactions hâtives qu'elle aurait conclues. En 1974, l'expression « préjudice corporel » apparaît avec l'article 2260a en matière de prescription dans le domaine de la responsabilité médicale.¹

Sous le *Code civil du Bas-Canada*, la jurisprudence et la doctrine ont reconnu deux catégories de « dommage » au sens de l'article 1053 CcBC. Les expressions « préjudice moral » et « préjudice matériel » désignaient respectivement les préjudices d'ordre extrapatrimonial (non pécuniaire) et ceux d'ordre patrimonial (pécuniaire).² Cette terminologie traditionnelle était manifestement défectueuse et ambiguë³; une terminologie employant simplement des qualificatifs « pécuniaire » et « non pécuniaire » aurait eu l'avantage d'être plus claire et plus cohérente. Pourtant, lors de la réforme du Code, le législateur n'a pas fait ce choix et a plutôt préféré la

¹ Voir Daniel Gardner, *Le préjudice corporel*, 3^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2009 au no 12; *Schreiber c Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62 au para 60 [*Schreiber*].

² Voir Nathalie Vézina, « Préjudice matériel, corporel et moral : variations sur la classification tripartite du préjudice dans le nouveau droit de la responsabilité » (1993) 24 RDUS 161 aux pp 165-66; Maurice Tancelin, *Des obligations : actes et responsabilités*, 6^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 1997 au no 1019, aux pp 264-65; *Schreiber*, *supra* note 1 au para 59.

³ Voir Gardner, *supra* note 1 au no 12; Tancelin, *ibid* au no 763, à la p 392.

qualification tripartite du préjudice, telle qu'elle se retrouve à l'alinéa 1457(2) CcQ : « Elle est, lorsqu'elle est douée de raison et qu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice qu'elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer *ce préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel.* » [nos italiques].

L'introduction de la qualification tripartite obligeait les juristes québécois à mettre de côté la qualification bipartite qu'avaient développée la doctrine et la jurisprudence sous le *Code civil du Bas-Canada*, afin de développer une analyse cohérente et structurée des trois types de préjudices. Or, aujourd'hui encore, une majorité des juristes québécois continue d'expliquer la conception tripartite du préjudice en continuité avec la qualification bipartite traditionnelle, à l'instar de l'article 49 de la *Charte des droits et libertés de la personne*⁴ qui emploie toujours les termes « préjudice moral ou matériel »⁵. Pourtant, « [I]es notions anciennes de dommage moral et de dommage matériel ne tiennent plus avec le nouveau texte [du *Code civil du Québec*] ».⁶

Il existe deux courants majoritaires expliquant et rationalisant la qualification tripartite. La première est celle qui s'inscrit dans la continuité de la qualification bipartite. Selon ce courant, le préjudice corporel n'est qu'une somme de préjudices matériel et moral découlant d'une atteinte à l'intégrité physique. Baudouin et Deslauriers résument bien cette position :

Le concept de préjudice corporel n'existe pas en lui-même et doit être compris dans le sens d'une atteinte à l'intégrité physique. Cette atteinte peut entraîner un préjudice matériel comme une perte salariale et un préjudice moral comme de la souffrance. Le préjudice corporel constitue donc un concept hybride qui englobe les deux autres.⁷

À l'instar de Baudouin et Deslauriers, le juge Pelletier dans l'arrêt *Montréal (Ville) c Tarquini*⁸, s'appuyant sur la position de la professeure Vézina, utilise l'image suivante pour expliquer la qualification tripartite :

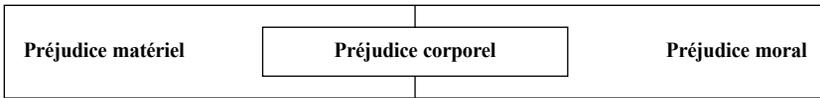
⁴ LRQ, c C-12 [*Charte québécoise*].

⁵ Un amendement de l'article 49 de la *Charte québécoise* ajoutant l'adjectif « corporel » serait nécessaire afin d'harmoniser la *Charte québécoise* avec le *Code civil du Québec*.

⁶ Gardner, *supra* note 1 au no 16.

⁷ Patrice Deslauriers, « Le préjudice » dans *Collection de droit du Barreau 2011-2012*, vol 4, Montréal, École du Barreau, 2011, 151 à la p 151 [Deslauriers, « Préjudice »]; Jean-Louis Baudouin et Patrice Deslauriers. *La responsabilité civile – Principes généraux*, vol 1, 7^e éd, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2007, au no 314, à la p 316.

⁸ *Montréal (Ville) c Tarquini*, [2001] RJQ 1405 (QCCA) [Tarquini].



Le juge Pelletier ajoute ensuite :

[101] On pourrait donc définir le préjudice corporel comme étant le concept qui englobe l'ensemble des pertes morales et matérielles qui sont la conséquence directe, immédiate ou distante, d'une atteinte à l'intégrité physique d'une personne. À la différence des qualificatifs « moral » et « matériel » qui correspondent aux classes fondamentales du concept « préjudice », celui de « corporel » tire son originalité du caractère hybride de ses composantes et de la pluralité des dimensions qu'il couvre.

Suivant le raisonnement du juge Pelletier, le préjudice corporel ne serait alors qu'une subsomption des préjudices matériel et moral, et se dénommerait « corporel » simplement parce que les préjudices matériel et moral en question découleraient d'une atteinte à l'intégrité physique.⁹ Pourtant, réduire le préjudice corporel à des préjudices matériel et moral revient à dire que le législateur a parlé pour ne rien dire lorsqu'il a introduit la qualification tripartite du préjudice, puisque l'on pourrait simplement revenir à la qualification bipartite : moral ou matériel. Le préjudice corporel ne serait qu'une forme particulière de préjudice matériel ou moral. La désignation « corporel » deviendrait par le fait même inutile et ressemblerait à un accident de parcours dans la réforme du Code civil.

Le deuxième courant envisage le préjudice corporel comme un préjudice distinct des préjudices matériel et moral. Le professeur Adrian Popovici suggérerait de voir le concept de préjudice soit en fonction de l'objet de l'atteinte (un bien, un droit moral ou de la personnalité, ou l'intégrité physique de la personne), soit en fonction des conséquences de l'atteinte, c'est-à-dire de ses effets.¹⁰ Le deuxième courant explique la qualification tripartite selon l'atteinte, plutôt que les conséquences.¹¹ Selon cette position, « le préjudice corporel résulte d'une atteinte à l'intégrité physique ou psychique de la personne avec toutes ses conséquences, pécuniaires et non pécuniaires ». ¹² Conséquemment, le préjudice matériel résulte d'une atteinte à un bien avec toutes ses conséquences, pécuniaires et non pécuniaires, tandis que le préjudice moral résulte d'une atteinte à un droit moral (ou de la personnalité) avec toutes ses conséquences, pécuniaires et non pécuniaires. Chacun des trois préjudices possède donc

⁹ Voir *Schreiber*, *supra* note 1 au para 59; Gardner, *supra* note 1 au no 16.

¹⁰ Adrian Popovici, « Le Droit qui s'écrit », (1995) 29 RJT 565 aux pp 574-78.

¹¹ Voir Gardner, *supra* note 1 au no 16; Deslauriers, « Préjudice », *supra* note 7 à la p 152; *Schreiber*, *supra* note 1 au para 62.

¹² Gardner, *ibid* au no 17.

une composante non pécuniaire, qui ne doit pas être confondue avec le préjudice moral. Cette explication de la qualification tripartite est plus cohérente et intellectuellement honnête.

Cependant, la problématique que soulève la dénomination du préjudice selon l'atteinte ou les effets ne prend pas source seulement dans la qualification tripartite, mais aussi dans la confusion des concepts de « préjudice » et de « dommage » : « On emploie généralement, dans la langue courante, pour faire état de la même réalité, les mots « dommage » et « préjudice » »¹³. En common law, l'auteur anglais Ogus soulignait aussi l'existence de cette confusion¹⁴. Pourtant, il existe une distinction théorique entre le préjudice (« injury ») et les dommages (« damages »). Le préjudice est ce qui a été causé à la victime par le défendeur : « the plaintiff must prove that he sustained an injury which was not too remote. »¹⁵ Les dommages sont les pertes qui résultent du préjudice : « Damages, on the other hand, are awarded on the basis of the losses which result from that injury, thus for loss of earnings, expenses, loss of expectation of life, loss of amenities, etc. »¹⁶ En droit civil, le libellé de l'article 1607 CcQ nous permet de résoudre cette confusion : « Le créancier a droit à des dommages-intérêts en réparation du préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel, que lui cause le défaut du débiteur et qui en est une suite immédiate et directe ». Avec cet article, le législateur « distingue le préjudice du dommage auquel la victime a droit en réparation de ce préjudice. »¹⁷ Conséquemment, si nous tentons de définir le concept de « dommage », il s'agit du montant qui permet de compenser les effets découlant du préjudice (ou de l'atteinte).

Pourtant dans la pratique, il existe une confusion terminologique entre la qualification des préjudices et les chefs de dommages, que les avocats praticiens doivent ventiler dans chaque requête introductive d'instance en responsabilité civile. En droit civil québécois, cette exigence de ventilation des dommages provient du concours de la jurisprudence et de l'article 76 Cpc¹⁸. Par exemple, le juge Dickson écrivait dans *Andrews* :

¹³ Deslauriers, « Préjudice », *supra* note 7 à la p 151; voir aussi Léon Henri, Jean Mazeaud et François Chabas, *Leçons de droit civil. Obligations*, t 2, vol 1, 9e éd, Paris, Montchrestien, 1998 à la p 412.

¹⁴ AI Ogus, « Damages for Lost Amenities: For a Foot, a Feeling or a Function? » (1972) 35 Mod L Rev 1.

¹⁵ *Ibid* à la p 11.

¹⁶ *Ibid*.

¹⁷ *Tarquini*, *supra* note 8, juge Chamberland.

¹⁸ Article 76 Cpc : Les parties doivent exposer, dans leurs actes de procédure, les faits qu'elles entendent invoquer et les conclusions qu'elles recherchent.

À mon avis, la méthode employée en l'espèce, c'est-à-dire l'évaluation des dommages-intérêts généraux sous des chefs distincts, est à retenir. Elle est la seule qui permette en appel un examen sérieux de l'indemnité et l'établissement de règles valables pour l'avenir. De plus, et cela est tout aussi important, elle fournit aux parties en cause et à leurs conseillers la ventilation de l'indemnité totale et elle leur assure ainsi que chaque catégorie de dommages dans la réclamation a été soigneusement étudiée.¹⁹

La ventilation des dommages peut constituer un exercice de désignation laborieux, qui n'est guidé ni par le *Code civil du Québec*, ni par le *Code de procédure civile*, mais exigé par les tribunaux et la jurisprudence. Les dommages réparant le préjudice corporel non pécuniaire seront souvent désignés par l'emploi des termes synonymes (i) douleur, souffrance et inconforts, (ii) perte de jouissance de la vie et (iii) préjudice esthétique²⁰. Dans l'arrêt *Gauthier c Beaumont*²¹, la Cour suprême en obiter prône pourtant une évaluation regroupée des pertes non pécuniaires, rendant ainsi inutile la ventilation présente dans la pratique.

Ainsi, il est possible de mettre fin à la confusion terminologique qui existe en employant les termes « pertes/dommages non pécuniaires » lorsque l'on veut désigner le chef de dommages servant à réparer le préjudice non pécuniaire, qu'il soit corporel, matériel ou moral. Les termes douleur, souffrance, inconforts, perte de jouissance de la vie et préjudice esthétique font tous partie de cette catégorie, que l'on pourrait simplement désigner en langage courant par « la souffrance ». Dans le cadre de cet article, le préjudice corporel non pécuniaire réfère à cette souffrance qui résulte d'une atteinte à l'intégrité physique, tandis que le préjudice moral non pécuniaire renvoie à la souffrance qui résulte d'une atteinte à un droit moral (ex. : droit à la réputation, à la vie privée, à l'image, etc.).

2. Introduction

Cet article présente un chapitre d'une thèse de maîtrise en droit non publiée, portant le titre *Le droit souffre-t-il?*²². Le chapitre présenté traite de la question de l'incommensurabilité dans l'évaluation du préjudice non

Cet exposé doit être sincère, précis et succinct; il doit être divisé en paragraphes numérotés consécutivement, chacun se rapportant autant que possible à un seul fait essentiel [nos italiques].

¹⁹ *Andrews, infra* note 23 aux pp 235-36.

²⁰ Deslauriers, « Préjudice », *supra* note 7 à la p 187; Baudouin et Deslauriers, *supra* note 7 aux pp 489-97.

²¹ *Gauthier c Beaumont*, [1998] 2 RCS 3 aux paras 101-03.

²² Nicolas Préville-Ratelle, *Le droit souffre-t-il?*, thèse de maîtrise en droit, Université McGill, Institut de droit comparé, 2012 [non publiée].

pécuniaire devant les tribunaux; il s'intitule « La souffrance et l'incommensurabilité ».

Cette thèse explore les profondeurs du droit de la réparation de la souffrance. Cette thèse ne porte pas uniquement sur le plafond de l'arrêt *Andrews*, mais aussi sur les approches, les intuitions et les perceptions qui influencent notre compréhension de la souffrance : elle s'inscrit dans le débat beaucoup plus large de la compréhension que le droit a de la souffrance. Cette thèse cherche à comprendre ce que le droit comprend de la souffrance et ce qui lui échappe, et a pour objectif de déterminer comment le droit pourrait mieux comprendre la souffrance et l'indemniser plus adéquatement et justement.

La problématique de cette thèse se résume aux deux questions suivantes : (i) Le droit (sa logique interne et son raisonnement particulier) comprend-il la souffrance? (ii) Le droit souffre-t-il? En réponse à ces deux questions, l'hypothèse de départ était que le plafond de l'arrêt *Andrews* est un signe que le droit comprend mal la souffrance en général et la souffrance corporelle en particulier, et qu'il souffre de ce problème de compréhension. L'étude du sujet permet de confirmer cette hypothèse.

Le chapitre ci-après présenté succède à deux chapitres. Le premier chapitre porte sur les trois approches du préjudice non pécuniaire (conceptuelle, personnelle et fonctionnelle) et leur confusion dans la jurisprudence. La cohabitation des approches et les problèmes que chaque approche soulève ont fait en sorte que les tribunaux et les praticiens confondent inévitablement ces approches dans le traitement de la réparation du préjudice non pécuniaire. Il n'existe en pratique aucune uniformité ou cohérence dans la jurisprudence et dans la doctrine; en l'absence d'uniformité et de cohérence, il n'y a simplement aucune prévisibilité dans la réparation du préjudice non pécuniaire.

Le deuxième chapitre traite des contradictions du raisonnement juridique dans le débat sur le plafonnement des dommages non pécuniaires. Ces contradictions suggèrent que le droit de la réparation du préjudice non pécuniaire souffre aussi de confusion. L'absence de plafond des dommages non pécuniaires dans les cas de diffamation représente en soi le summum de la confusion dans le droit de la réparation du préjudice non pécuniaire. En quoi la souffrance morale est-elle si différente de la souffrance corporelle? Les deux ne devraient-elles pas être traitées de manière uniforme considérant qu'il ne s'agit en somme que de préjudice non pécuniaire? Le plafond de l'arrêt *Andrews* peut sembler cohérent lorsque l'on tient seulement compte du droit de la réparation du préjudice corporel. Cependant, lorsque l'on adopte une vue d'ensemble sur le droit de la réparation de la souffrance, le plafond de l'arrêt *Andrews* est beaucoup moins sensé.

Le chapitre ci-après présenté traite d'une première intuition que nous avons de la souffrance, c'est-à-dire l'incommensurabilité. Il est suivi d'un dernier chapitre qui examine une deuxième de ces intuitions, c'est-à-dire la perception que nous avons de la souffrance corporelle. Selon cette intuition, l'honneur et la réputation ne peuvent pas valoir davantage que l'intégrité corporelle. L'exploration de cette intuition présente une enquête dans la collectivité, à l'aide du sondage, et une analyse de notre perception qui dépasse le domaine du droit. L'emploi d'une approche interdisciplinaire du droit et du cinéma d'horreur offre au raisonnement juridique les outils pour mieux comprendre notre perception de la souffrance corporelle : les histoires que nous racontons et qui nous affectent sont liées à la façon dont nous percevons, souffrons et jugeons. L'analyse et la compréhension de ces deux intuitions permettent de remédier généralement à la confusion du droit de la réparation de la souffrance. En d'autres mots, le droit souffre, mais il peut être soigné.

La réparation de la souffrance dans le droit canadien part inévitablement de l'arrêt *Andrews c Grand Toy Alberta Ltd*²³, qui s'inscrit dans la trilogie portant sur l'évaluation des dommages résultant d'actes de négligence qui ont laissé la victime sévèrement blessée²⁴. James Andrews, un Albertain âgé de vingt et un ans, était devenu quadriplégique à la suite d'un accident de voiture. En première instance, le juge Kirby avait accordé un montant supérieur à un million de dollars (1 022 477,48 \$), ce qui représentait à l'époque l'une des plus importantes indemnités accordées au Canada²⁵. En appel, la somme avait été réduite à 516 544,48 \$, d'abord parce que les dommages-intérêts avaient été réduits, puis parce que la division d'appel avait conclu à la négligence contributive de la victime, réduisant ainsi l'indemnité révisée de vingt-cinq pour cent (25 %). La Cour suprême a rétabli le montant à 817 344 \$. Aujourd'hui, *Andrews* est un arrêt de principe, puisque c'est par cet arrêt que la Cour suprême du Canada a imposé un plafond de 100 000 \$ (aujourd'hui indexé en tenant compte de l'inflation : un peu plus de 341 000 \$) à l'indemnité en réparation de la composante non pécuniaire du préjudice corporel. Depuis, les victimes de préjudices corporels les plus graves ne peuvent pas obtenir plus que le plafond de l'arrêt *Andrews* en réparation de leur souffrance.

À l'opposé, la Cour suprême dans les arrêts *Snyder c Montreal Gazette Ltd*²⁶ et *Hill c Église de scientologie*²⁷ a décidé que le plafond de l'arrêt *Andrews* ne s'appliquait pas aux recours en diffamation et à l'indemnité en réparation du préjudice moral non pécuniaire. Ce choix de la Cour suprême semble à première vue contestable, puisque la souffrance découlant de la perte de l'usage des jambes apparaît plus problématique que la souffrance découlant d'une atteinte à la réputation : on ne pourra jamais redonner l'usage des jambes, mais la personne diffamée pourra toujours rebâtir sa réputation. Toutefois, la différence entre les deux souffrances est significative devant un tribunal. La souffrance corporelle due à la perte de l'usage des jambes ne vaudra jamais plus de 100 000 \$ de 1978, tandis que la valeur de la souffrance morale due à la diffamation n'a pas de limite. Cette situation apparaît à première vue injuste. Ce traitement différent entre la souffrance corporelle et la souffrance morale est généralement expliqué par les tribunaux par le fait que ces deux types de souffrance peuvent difficilement être comparés ou traités selon une commune mesure.

²³ *Andrews c Grand Toy Alberta Ltd*, [1978] 2 RCS 229 [*Andrews*].

²⁴ Arrêts de la trilogie : *Andrews*, *ibid*; *Arnold c Teno*, [1978] 2 SCR 287; *Thornton c The Board of School Trustees of School District No 57 (Prince George)*, [1978] 2 RCS 267.

²⁵ Robert J Sharpe et Kent Roach, *Brian Dickson : A Judge's Journey*, Toronto, University of Toronto Press, 2003 à la p 194.

²⁶ *Snyder c Montreal Gazette Ltd*, [1988] 1 RCS 494.

²⁷ *Hill c Église de scientologie*, [1995] 2 RCS 1130.

Le chapitre ci-après présenté part de cette apparence d'injustice afin d'explorer les profondeurs du droit de la réparation de la souffrance. Ce chapitre a pour objectif de déterminer comment le droit pourrait mieux comprendre la souffrance et l'indemniser plus adéquatement et justement. Il vise à approfondir la confusion et les contradictions observées dans les approches du préjudice non pécuniaire (conceptuelle, personnelle et fonctionnelle) et le plafonnement des dommages non pécuniaires. Cet approfondissement exige une étude des intuitions que nous avons de la souffrance, c'est-à-dire la question de l'incommensurabilité de la souffrance. Suivant cette intuition, la souffrance et l'argent n'ont pas de commune mesure ou la souffrance ne peut pas être mesurée en termes monétaires. Seule une meilleure connaissance des choix d'incommensurabilité et de commensurabilité nous permet de remettre en question notre intuition d'incommensurabilité et de proposer une méthode d'évaluation des indemnités qui sera à la fois équitable, cohérente et prévisible : c'est la méthode que j'ai dénommée « l'approche conceptuelle personnalisée à raisonabilité fonctionnelle » et qui s'inspire des enseignements du professeur Daniel Gardner²⁸.

3. La Souffrance et l'incommensurabilité

Le débat de l'incommensurabilité est enraciné dans le droit de la réparation. La doctrine, la jurisprudence et la théorie du droit soutiennent généralement que la souffrance et l'argent n'ont pas de commune mesure ou que la souffrance ne peut donc pas être mesurée en termes monétaires. En même temps, ceux qui préfèrent une justification conceptuelle de la perte non pécuniaire voient dans la souffrance une perte objective qu'il faut mesurer et réparer. Les réponses mitigées du droit face à la souffrance rappellent la difficulté qu'est la tâche du jugement. Vu la complexité du monde et du savoir humain, le jugement est aujourd'hui un exercice complexe, ardu et souvent imprécis. L'introduction du concept de l'incommensurabilité ne facilite aucunement la tâche de juger, puisqu'il s'agit d'une notion généralement confuse et controversée²⁹.

L'auteure Heidlebaugh voit d'ailleurs dans la dissémination de l'incommensurabilité le symptôme de la crise du jugement dans le monde occidental, puisque le relativisme domine généralement le débat politique

²⁸ Gardner, *supra* note 1.

²⁹ Glenn et Wang rappellent généralement que le débat de l'incommensurabilité souffre de plusieurs imprécisions et de multiples significations : H Patrick Glenn, « Are Legal Traditions Incommensurable? » (2001) 49 Am J Comp L 133, à la p 134 [Glenn, « 2001 »]; Xinli Wang, *Incommensurability and Cross-Language Communication*, Burlington (VT), Ashgate, 2007 à la p 6.

et éthique³⁰. Cette crise du jugement provient de la prise de conscience qu'il n'existe pas de normes universelles fixes (« no fixed Archimedean standards »)³¹. Toutefois, ce rejet de l'universalisme n'est pas sans problème : l'absence de point d'ancrage produit une anxiété commune importante dans le jugement. Nous avons perdu la foi dans nos valeurs communes et nous ne nous entendons plus sur ce qui a du sens³². Selon Heidlebaugh, cette anxiété serait liée à l'émergence de l'incommensurabilité dans la littérature académique et la philosophie³³.

Pour Glenn, la popularisation de l'incommensurabilité n'est qu'une réaction à notre époque d'interdépendance croissante : « insistence on incommensurability may be a form of reaction against manifold forms of interdependence. »³⁴ La popularisation de l'incommensurabilité insiste sur la primauté du choix personnel et sur un argument philosophique profondément ancré dans le folklore occidental : « on ne peut pas comparer des pommes avec des oranges »³⁵. Le jugement devient alors la proie de la simple relativité des choix :

Since you can't compare them, in the sense of drawing any useful information from them, you must simply choose between them. The individual, charismatic, process of decision-making is necessarily prior to and separate from the objects of decision. The individual stands prior to the world. [...] Our understanding would be bounded by ruts of our own digging, and no mere intellectual effort could heave us out of them.³⁶

Cette réduction du jugement au relativisme fait en sorte que tout jugement d'ordre moral ou évaluatif ne devient que l'expression d'une préférence, d'une attitude ou d'un sentiment. C'est ce que Heidlebaugh dénomme l'« émotivisme »³⁷, qui rappelle les marqueurs somatiques et affectifs de Nedelsky³⁸.

³⁰ Nola J Heidlebaugh, *Judgment, Rhetoric, and the Problem of Incommensurability: Recalling Practical Wisdom*, Columbia (SC), University of South Carolina Press, 2001 à l'introduction.

³¹ *Ibid* à la p 2; voir aussi H Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World*, 3^e éd, New York, Oxford University Press, 2007 à la p 45 [Glenn, « LTW »].

³² Heidlebaugh, *ibid* à la p 10.

³³ *Ibid* à la p 7.

³⁴ Glenn, « 2001 », *supra* note 29 à la p 134.

³⁵ *Ibid* à la p 138.

³⁶ *Ibid* aux pp 138-39.

³⁷ Heidlebaugh, *supra* note 30 à la p 22.

³⁸ Jennifer Nedelsky, « Embodied Diversity and the Challenge to Law » (1997) 42 McGill LJ 91 aux pp 106-07; voir Préville-Ratelle, *supra* note 22 au chapitre III Le plafond des dommages non pécuniaires, section 3 La compréhension confuse de la souffrance.

À l'instar de Heidlebaugh et de Glenn, l'auteur Wang suggère que l'incommensurabilité est devenue le fer de lance des penseurs dans les domaines ayant un penchant relativiste et fait de plus en plus partie de la culture et de la pensée occidentale :

Practitioners with a relativistic bent in numerous interpretative fields, such as sociology, anthropology and ethnography, psychology, law, education, political science, economics, cognitive science, decision theory, and linguistics, have been busy discovering similar phenomena in their fields. Through its popularization, the notion of incommensurability has been put on the cultural map, and even becomes part of the weekly glosses in many professional circles.³⁹

Aujourd'hui, le jugement n'offre pas les moyens de combler le fossé qui sépare certains discours, qui seront souvent jugés incommensurables, incompatibles ou incomparables⁴⁰. Malgré la confusion et les imprécisions, le spectre de l'incommensurabilité hante le discours académique contemporain. L'incommensurabilité est devenue incontournable : « Incommensurability, as the inevitable condition of a dominant Western epistemology, cannot be eliminated. »⁴¹

Le droit de la réparation de la souffrance n'échappe pas au débat sur l'incommensurabilité. Le droit est déjà divisé entre les croyances d'incommensurabilité et de commensurabilité de la souffrance. Le débat de l'incommensurabilité pourrait très bien être la source principale de la confusion dans le droit à la réparation. Nous devons alors nous demander ce que nous désirons entre la commensurabilité et l'incommensurabilité dans la réparation de la souffrance. En d'autres mots, il s'agit d'établir quelle est la croyance parmi les choix de commensurabilité et d'incommensurabilité qui servira le mieux les décideurs et qui guidera le mieux l'exercice du jugement. Bien que cette problématique paraisse simple, elle s'inscrit dans le débat complexe de l'incommensurabilité. D'ailleurs, je ne prétends pas pouvoir faire justice à l'ensemble des arguments et des critiques concernant l'incommensurabilité dans le droit, qui pourrait être le sujet d'une thèse entière de doctorat. Toutefois, une compréhension adéquate (i) de l'origine de la notion, (ii) de son application dans la théorie du droit et (iii) de son écho dans la réparation de la souffrance nous permet de déterminer la croyance qui permettra de remédier à la confusion dont souffre le droit. Ainsi, malgré les difficultés qu'engendre le débat de l'incommensurabilité dans l'exercice du jugement, nous pourrions formuler, grâce à une prise de position éclairée, une méthode de réparation de la souffrance équitable, cohérente et prévisible.

³⁹ Wang, *supra* note 29 à la p 6.

⁴⁰ Voir Heidlebaugh, *supra* note 30 à la p 16.

⁴¹ *Ibid* à la p 140.

A) *L'Origine de l'Incommensurabilité*

Le mot « incommensurabilité » dérive des racines latines *com* et *mensurabilis*, qui signifient « commune mesure »⁴². Associé au préfixe « in », il signifie l'absence de commune mesure. Historiquement, le concept d'incommensurabilité provient des premiers théoriciens grecs de la mathématique. En géométrie, ces théoriciens croyaient que, par exemple, le diamètre et le côté d'un pentagone régulier⁴³, ou les côtés et l'hypoténuse d'un triangle rectangle isocèle⁴⁴ étaient incommensurables puisqu'ils ne pouvaient pas être exprimés sous la forme de nombres entiers. En d'autres mots, des longueurs étaient incommensurables entre elles, si elles ne pouvaient pas être exprimées l'une par rapport à l'autre par le langage des nombres entiers. L'incommensurabilité signifiait plus généralement l'absence de langage commun. À l'opposé, la commensurabilité signifierait l'existence d'un langage commun aux deux éléments : pour devenir commensurables, il faut trouver un langage commun. L'exemple particulier des mathématiques confirme ce constat, puisque l'incommensurabilité observée « conduisit au développement des nombres réels exprimés en décimales. »⁴⁵ La reconnaissance de l'incommensurabilité permettrait donc le développement d'un langage commun d'une plus grande précision⁴⁶.

L'origine est certes mathématique, mais la popularisation de l'incommensurabilité provient surtout du domaine de la philosophie des sciences et de l'épistémologie du milieu du 20^e siècle. Nous devons la formulation du problème de l'incommensurabilité aux travaux de Thomas Kuhn⁴⁷ et de Paul Feyerabend⁴⁸ sur la pensée scientifique⁴⁹. Kuhn parlait initialement de l'incommensurabilité en termes d'incompatibilité et de compétition entre les théories scientifiques et employait surtout la notion

⁴² Voir Glenn, « LTW », *supra* note 31 à la p 43; voir aussi notes 31 à 38 et texte correspondant.

⁴³ Voir H Patrick Glenn, « Commensurabilité et traduisabilité » (2000) 3:1 Rev CL Français 53 à la p 55 [Glenn, « 2000 »]; Glenn « LTW », *supra* note 31 à la p 43; voir aussi notes 31 à 38 et texte correspondant.

⁴⁴ Voir Boaz B Ben-Amitai, « The Incommensurability of Values Thesis and its Failure as a Criticism of Utilitarianism » (2006) 19:2 Can JL Jurisprudence 357 à la p 358; Wang, *supra* note 29 aux pp 3-4.

⁴⁵ Glenn, « 2000 », *supra* note 43 à la p 55.

⁴⁶ Voir Glenn, « LTW », *supra* note 31 à la p 43; voir aussi notes 31 à 38 et texte correspondant.

⁴⁷ Thomas S Kuhn. *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, University of Chicago Press, 1970 [Kuhn].

⁴⁸ Paul K Feyerabend. *Against Method: Outline of an Anarchistic Theory of Knowledge*, Londres, Verso, 1975.

⁴⁹ Voir par exemple Ben-Amitai, *supra* note 44 à la p 358.

de comparaison⁵⁰. Toutefois, l'incommensurabilité ne signifiait pas l'incomparabilité. Selon Kuhn et Feyerabend, deux théories peuvent être considérées comme incommensurables en ce sens qu'elles ne peuvent pas être formulées selon une même rationalité, puisqu'il n'existe pas entre elles de langage commun ou théoriquement neutre permettant de les opposer⁵¹ : « absent a scientifically or empirically neutral system of language of concepts, alternate tests and theories must proceed from within one or another paradigm based tradition. »⁵² Selon Kuhn, la commune mesure entre deux théories résulte normalement d'un paradigme partagé⁵³, c'est-à-dire des engagements métaphysiques similaires, des prises ontologiques semblables, des mêmes normes méthodologiques ou des perceptions similaires⁵⁴. Wang définit le paradigme à la base d'une théorie comme étant : « [t]he core of such a scientific theory [which] consists of much more general, much less easily testable, sets of assumptions or presuppositions. »⁵⁵ Deux théories qui ne partagent pas de paradigmes ne tiendraient pas pour acquises les mêmes choses.

Conséquemment, l'incommensurabilité apparaît *a priori* être l'absence d'un langage commun, « similar to a dialogue between people who speak different languages and therefore cannot even start to understand each other, let alone reach an agreement. »⁵⁶ Wang parle de l'incommensurabilité comme d'une panne de communication entre deux théories due à l'absence de langage commun : « a necessary common measure of some sort is lacking between the languages employed by them and that thereby the successful cross-language communication between their advocates breaks down »⁵⁷ et « the communication breakdown between two scientific communities is due to lack of some common measure between the two languages used. »⁵⁸ Certains auteurs, tels que Donald Davidson et Hilary Putnam, formulent l'incommensurabilité de Kuhn comme étant davantage une question d'intraductibilité⁵⁹. D'abord réticent à l'idée, Kuhn a fini par céder malgré lui à la formulation de l'intraductibilité : « [in his latter works, Kuhn] came to define incommensurability only as a 'limited inability to translate from a local

⁵⁰ Kuhn, *supra* note 47 aux pp 145-55; voir aussi Heidlebaugh, *supra* note 30 à la p 11; Wang, *supra* note 29 à la p 4.

⁵¹ Voir Ben-Amitai, *supra* note 44 à la p 358; Heidlebaugh, *ibid* à la p 14; Wang, *ibid* aux pp 5, 11; Glenn « 2001 », *supra* note 29 à la p 134.

⁵² Kuhn, *supra* note 47 à la p 145.

⁵³ *Ibid* aux pp 148-49.

⁵⁴ Voir Wang, *supra* note 29 à la p 4.

⁵⁵ *Ibid* à la p 19.

⁵⁶ Ben-Amitai, *supra* note 44 à la p 358.

⁵⁷ Wang, *supra* note 29 aux pp 5, 335.

⁵⁸ *Ibid* à la p 4.

⁵⁹ Voir Heidlebaugh, *supra* note 30 à la p 15.

subgroup of terms of one theory into another local subgroup of terms of another theory.' »⁶⁰

Que l'incommensurabilité soit une absence de langage commun, une panne de communication ou une simple intraductibilité, l'incommensurabilité n'a rien à voir avec l'incomparabilité selon la philosophie des sciences et les mathématiques. D'ailleurs, Kuhn et Feyerabend ont réfuté à plusieurs reprises l'interprétation de l'incommensurabilité comme étant l'incomparabilité⁶¹. Pourtant, dans le domaine de la philosophie morale et de l'éthique, la notion de l'incommensurabilité des valeurs (« incommensurability of values ») s'apparente surtout à l'incomparabilité⁶². Pour plusieurs auteurs, l'incommensurabilité et l'incomparabilité (ou commensurabilité et comparabilité) deviennent en fait des synonymes⁶³. La notion d'incommensurabilité des valeurs comme incomparabilité se résume ainsi :

[w]hen we say that values are incomparable we mean that we literally cannot compare them, i.e., we cannot perform a process of comparison that will lead to a judgment about the values' relative importance. We cannot say whether one is better than the other, nor can we say that they are equal.⁶⁴

Cette formulation de l'incommensurabilité provient du philosophe Joseph Raz⁶⁵. Selon Raz, deux items A et B sont incommensurables (ou incomparables) si ce n'est pas vrai que A est meilleur que B, ni vrai que B est meilleur que A, et ni vrai que A et B sont de valeur égale⁶⁶. Conséquemment, « if two options are incommensurate then reason has no judgment to make concerning their relative value »⁶⁷ et « we are in a sense

⁶⁰ Glenn « 2001 », *supra* note 29 à la p 134.

⁶¹ Voir par exemple Kuhn, *supra* note 47 aux pp 234, 266; voir généralement Wang, *supra* note 29 à la p 347.

⁶² Ben-Amitai, *supra* note 44 à la p 361.

⁶³ Voir notamment Raz, *infra* note 66 à la p 322; Ruth Chang, « Introduction » dans Ruth Chang, dir, *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1997, 1 à la p 1; Frederick Schauer, « Instrumental Commensurability » (1998) 146:5 U Pa L Rev 1215 aux pp 1215-16; Cass R Sunstein, « Incommensurability and Valuation in Law » (1994) 92:4 Mich L Rev 779 à la p 808; Steven R Smith, *Equality and Diversity : Value Incommensurability and the Politics of Recognition*, Bristol (R-U), Policy Press, 2011 à la p 33.

⁶⁴ Ben-Amitai, *supra* note 44 à la p 361.

⁶⁵ Voir Smith, *supra* note 63 à la p 19.

⁶⁶ Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986 aux pp 322-24.

⁶⁷ *Ibid* à la p 324.

free to choose which course to follow. »⁶⁸ Suivant cette formulation, les philosophes occidentaux du droit et de la morale se sont demandé si les conditions logiques de l'incommensurabilité existaient réellement dans le monde. Ainsi plusieurs paires d'incommensurables ont été proposées : par exemple, l'amitié et la vie d'une mère⁶⁹, l'amitié et l'argent⁷⁰, Mozart et Bob Dylan⁷¹, la vie d'un enfant et celle d'un autre enfant⁷², et ... le bien-être et l'argent? Est-ce que ces choses ou ces concepts peuvent être comparés?

La commensurabilité comme étant la comparabilité implique qu'il existe une valeur de comparaison (« common scale », « ground of comparison » ou « covering value ») qui sera applicable aux deux éléments. Cette valeur de comparaison peut aussi bien être une mesure quantitative (« metric »), ou bien une échelle qualitative (« scale »)⁷³. Selon, l'incommensurabilité radicale, lorsqu'il n'existe pas de valeurs de comparaison, un choix rationnel parmi les options incommensurables est impossible⁷⁴. Si nous reprenons certaines paires d'incommensurables proposées, les items concernés seraient si radicalement incommensurables qu'il n'y a pas de processus par lequel les êtres humains peuvent raisonnablement choisir parmi eux. Selon Glenn, l'incommensurabilité apparaît comme étant l'argument principal, « une sorte de Grande Muraille philosophique », contre les théories philosophiques monistes⁷⁵. Les théories monistes sont celles qui présupposent « a single ultimate value in the world against which all must be measured »⁷⁶. Cet argument est surtout dirigé contre la philosophie utilitariste qui présuppose que le bien-être est la seule valeur de comparaison permettant de guider nos choix⁷⁷ :

Utilitarianism, in one of its versions, commands the maximization of overall welfare. That is, according to utilitarianism a choice is right (justified) if and only if it brings about at least as much net overall welfare as any other choice the relevant agent could have made; otherwise it is wrong (unjustified).⁷⁸

Ainsi, l'incommensurabilité des valeurs devient l'argument du relativisme contre l'universalisme. En éthique, cela implique l'acceptation de la

⁶⁸ *Ibid* à la p 334.

⁶⁹ Voir Glenn, « 2001 », *supra* note 29 à la p 135.

⁷⁰ *Ibid*.

⁷¹ Voir Sunstein, *supra* note 63 à la p 799.

⁷² *Ibid*.

⁷³ *Ibid* à la p 809.

⁷⁴ *Ibid* à la p 810.

⁷⁵ Glenn, « 2001 », *supra* note 29 à la p 137.

⁷⁶ *Ibid*.

⁷⁷ Voir Ben-Amitai, *supra* note 44 à la p 357; Radin, *infra* note 87 à la p 62.

⁷⁸ Ben-Amitai, *ibid* à la p 363.

diversité et du pluralisme, c'est-à-dire la reconnaissance qu'il n'existe pas de valeurs devant s'imposer dans nos choix⁷⁹ :

[Incommensurability of values] is not just that we live in a complex world and do not have the benefit of full-information and zero transaction costs; it is that there is something about values which, sometimes, simply *defies* comparison. They are at times impossible to compare, whether complex or not.⁸⁰

Glenn reste très critique envers l'intraductibilité et l'incommensurabilité des valeurs (ou l'incomparabilité). D'abord, l'intraductibilité radicale, qui soutient l'inadéquation de toute traduction, exagère les difficultés de la communication humaine et l'importance du texte, et nie l'expérience humaine⁸¹. Les différences de langue sont certes des obstacles à la compréhension et à la communication, mais elles ne sont jamais insurmontables⁸². Puis, l'incommensurabilité des valeurs oublie que les valeurs qui s'opposent proviennent de traditions interdépendantes. Ainsi, en déconsidérant les relations d'interdépendance et en prônant le relativisme, l'incomparabilité radicale, qui soutient l'inadéquation de toute comparaison de valeurs, traite les valeurs comme de simples faits, qui ne comporteraient aucun enseignement normatif :

To put it in another, more recognizable, way, they are simply facts (even if they present themselves as values) and facts do not provide any normative instruction. [...] The argument for incommensurability would be simply the argument for the past as "history"; though now it is present which must be off-loaded. It is a form of closure. If the past is dead, so is the present. And the future will have to be still-born.⁸³

Dans le même ordre d'idées, le professeur Schauer rappelle que nos jugements d'égalité et de similitude ou d'inégalité et de différence dépendent toujours du contexte dans lequel nous formulons ces propositions⁸⁴. Il nous arrive souvent de juger différents deux objets qui partagent énormément de similitudes (par exemple le goût de deux bouteilles de vin), tout comme nous jugeons égaux deux objets qui sont généralement différents (par exemple les hommes dans la phrase « tous les hommes sont égaux »). Selon Schauer, nos prétentions de similitude et de différence sont instrumentales et téléologiques, et moins descriptives qu'elles ne laissent paraître⁸⁵. L'incommensurabilité, comme étant

⁷⁹ Voir Smith, *supra* note 63 à la p 21.

⁸⁰ Ben-Amitai, *supra* note 44 à la p 362.

⁸¹ Glenn, « LTW », *supra* note 31 à la p 46.

⁸² *Ibid* à la p 47.

⁸³ *Ibid* aux pp 43-44.

⁸⁴ Schauer, *supra* note 63 à la p 1219.

⁸⁵ *Ibid*.

l'incomparabilité radicale, oublie qu'une comparaison généralement inadéquate peut être adéquate dans le contexte particulier dans lequel elle est formulée.

L'évolution de la notion démontre que l'incommensurabilité fait désormais partie du discours occidental « as an essential means of understanding the world and its values. »⁸⁶ Peu importe que l'on définisse l'incommensurabilité comme étant l'absence de langage commun ou l'incomparabilité des valeurs, le choix de l'incommensurabilité ou de la commensurabilité a des conséquences importantes sur l'exercice du jugement, surtout en ce qui concerne le jugement dans le droit de la réparation de la souffrance.

B) L'Incommensurabilité dans la Théorie du Droit

Dans la théorie du droit, l'incommensurabilité comme incomparabilité signifie qu'il n'y a pas d'échelle sur laquelle toutes les valeurs peuvent être réparties et que certaines choses ne peuvent pas être remplacées par un montant équivalent de valeur commune. Bien que l'incommensurabilité dans la théorie légale semble concerner généralement l'absence de valeur de comparaison, la question de l'incommensurabilité se résume avant tout à une question de choix. Par exemple, pour la professeure Radin, l'incommensurabilité dans le droit de la réparation impliquerait un choix entre une conception marchande ou non de la compensation⁸⁷. Si l'on choisit la commensurabilité du préjudice et de l'argent, cela implique une conception marchande (« commodified ») de la compensation, tandis que si l'on choisit l'incommensurabilité du préjudice et de l'argent, nous préférons davantage une conception non marchande (« noncommodified ») de la compensation⁸⁸. La consolation de l'approche fonctionnelle constitue justement ce choix de l'incommensurabilité. Selon ce choix, la compensation n'implique aucune commensurabilité entre le préjudice et l'indemnité : l'indemnité mesure les coûts des plaisirs de substitution et non la valeur de la souffrance de la victime. L'imposition d'un plafond refléterait aussi la reconnaissance de l'incommensurabilité⁸⁹.

Mais, que représente réellement le choix de la commensurabilité ou de l'incommensurabilité? Une analyse de ces deux choix est nécessaire. D'abord, nous pouvons identifier deux types de commensurabilité : métrique et ordinale. Selon Mather, la commensurabilité métrique est la

⁸⁶ Glenn, « 2001 », *supra* note 29 à la p 133.

⁸⁷ Margaret Jane Radin, « Compensation and Commensurability » (1993) 43:1 Duke LJ 56.

⁸⁸ *Ibid* à la p 56.

⁸⁹ *Ibid* à la p 73.

forme la plus répandue dans la théorie légale⁹⁰. Selon cette forme de commensurabilité, deux objets sont commensurables s'ils peuvent être mesurés et évalués en fonction d'une mesure quantitative appropriée⁹¹. De plus, Mather identifie trois conditions à la commensurabilité métrique⁹². Premièrement, la mesure employée est appropriée si cette mesure n'ignore aucune différence entre les deux objets qui est pertinente au but de la comparaison. Deuxièmement, la mesure employée doit être capable de mesurer l'ensemble des objets devant être comparés; cette condition ne fait pas obstacle aux mesures complexes qui contiennent plus d'un critère de mesure⁹³. Troisièmement, la mesure doit être accompagnée d'un axiome permettant d'émettre un jugement comparatif sur les éléments selon les unités de mesure et l'application de l'axiome, sans autre jugement intermédiaire : par exemple, plus d'unités de mesure valent davantage que moins d'unités de mesure.

Alors que la commensurabilité métrique concerne les mesures quantitatives, la commensurabilité ordinale signifie que les éléments à comparer appartiennent à des classes qui sont arrangées selon une hiérarchie déterminée; elle concerne les situations « in which there is a fixed, absolute hierarchy between two or more classes of items, so that an item belonging to a higher-ranking class is always superior to an item that is a member of a lower-ranking class »⁹⁴. En employant un jeu de cartes, l'on pourrait déterminer qu'un trèfle bat un carreau, et ce peu importe le nombre de la carte⁹⁵. Selon cette hiérarchie de classe, le deux de trèfle serait supérieur au roi de carreau. En termes constitutionnels, on pourrait hiérarchiser les droits et établir que le droit à l'intégrité physique est supérieur à la liberté d'expression ou au droit à la réputation.

Vu la commensurabilité ordinale et métrique de Mather, il serait possible de définir l'incommensurabilité ainsi : l'incommensurabilité est une impossibilité de classer deux objets selon une comparaison métrique ou ordinale, de sorte qu'il n'est pas vrai qu'un objet est supérieur à l'autre, ni vrai que les objets sont égaux. Toutefois, selon Mather, l'absence de comparaison métrique ou ordinale comme définition de l'incommensurabilité

⁹⁰ Henry S Mather, « Law-making and Incommensurability » (2002) 47:2 McGill LJ 34 à la p 351, n 12.

⁹¹ *Ibid* à la p 349.

⁹² *Ibid* aux pp 349-51.

⁹³ Un exemple simple de mesure complexe serait l'addition de deux résultats d'examen afin d'établir la compétence d'un étudiant. Par exemple, on pourrait additionner le résultat d'un examen de déontologie et le résultat d'un examen de responsabilité professionnelle, afin d'établir le niveau de diligence professionnelle d'un étudiant en droit.

⁹⁴ Mather, *supra* note 90 aux pp 351-52.

⁹⁵ *Ibid* à la p 351.

est trop large, puisqu'il est toujours possible de créer de façon arbitraire des hiérarchies métriques ou ordinales qui combleraient l'absence de hiérarchie⁹⁶. Pour Ben-Amitai, la possibilité de toujours créer des valeurs de comparaison permet d'écarter l'incommensurabilité radicale des valeurs : « Surely, we can always find some basis for comparison, some feature that – even if not very interesting or inspiring – can still be used as a covering value. »⁹⁷ Mather suggère plutôt que seules les échelles de comparaison répondant aux « règles de la rationalité généralement acceptées » (« generally accepted rules of rationality ») doivent être prises en compte dans la détermination de la commensurabilité. L'incommensurabilité signifierait donc « the failure of any assertion of metrical or ordinal commensurability to be true under the generally accepted rules of rationality governing practical reason. »⁹⁸ Conséquemment, l'incommensurabilité dépendrait d'un jugement sur l'applicabilité des valeurs de comparaison. Ce jugement reposerait sur les règles de la raison généralement acceptées dans la pensée occidentale :

There are a few rules of rationality that would be generally accepted in any realm of reasoning. Reasoning must be reflective and deliberate. One must not disregard known relevant facts. Conclusions must be based on premises or reasons. Reasoning must not violate the rules of logic.⁹⁹

Le professeur Sunstein rejoint Mather sur la nécessité de juger de l'applicabilité des valeurs de comparaison. Sunstein définit l'incommensurabilité dans le contexte légal ainsi : « Incommensurability occurs when the relevant goods cannot be aligned along a single metric without doing violence to our considered judgments about how these goods are best characterized. »¹⁰⁰ La valeur de comparaison ne doit pas faire violence au jugement pratique. La valeur ne doit pas être incompatible avec la façon dont les choses comparées sont effectivement vécues : « by 'doing violence to our considered judgments,' I mean disrupting our reflective assessments of how certain relationships and events should be understood, evaluated, and experienced. »¹⁰¹ Pour Ben-Amitai, cette incommensurabilité des valeurs se résume à un refus de définir la valeur de comparaison ou à un rejet d'une échelle particulière de comparaison que l'on jugerait absurde¹⁰². Le problème n'en est alors pas un d'absence de valeur de comparaison, mais bien d'inapplicabilité des

⁹⁶ *Ibid* aux pp 353-54.

⁹⁷ Ben-Amitai, *supra* note 44 à la p 368.

⁹⁸ Mather, *supra* note 90 à la p 355.

⁹⁹ *Ibid* à la p 356.

¹⁰⁰ Sunstein, *supra* note 63 à la p 796.

¹⁰¹ *Ibid* à la p 798.

¹⁰² Ben-Amitai, *supra* note 44 à la p 369.

valeurs de comparaison¹⁰³ : l'incommensurabilité n'est pas un verdict d'incomparabilité, mais plutôt la finalité d'un jugement portant sur l'applicabilité d'une valeur de comparaison. Pour Schauer, ce jugement s'inscrit dans une problématique beaucoup plus large de choisir quelle est la croyance, entre la commensurabilité et l'incommensurabilité, qui servira le mieux les décideurs¹⁰⁴.

La question de l'incommensurabilité se résume donc à une simple question de choix d'une valeur de comparaison et de son applicabilité. Néanmoins, selon Schauer, ce choix entre la commensurabilité et l'incommensurabilité n'est pas sans problèmes. Un décideur ayant choisi la commensurabilité pourrait être enclin à simplifier son raisonnement à l'aide d'une méthode de calcul facile (par exemple, la règle de trois rejetée par l'arrêt *Brière c Cyr* : indemnité = (points d'IPP) X (plafond de l'arrêt *Andrews*) ÷ 100)¹⁰⁵, donnant l'illusion qu'il y a toujours, en théorie, une bonne réponse¹⁰⁶. À l'opposé, un décideur ayant choisi l'incommensurabilité pourrait prendre l'existence d'options incommensurables comme une autorisation de fonder son jugement seulement sur ses préjugés ou ses premières impressions non réfléchies, plutôt que de réfléchir sur les problèmes difficiles que présente l'articulation rationnelle d'une conclusion¹⁰⁷.

Le débat de l'incommensurabilité devient alors très lié à l'exercice du jugement, c'est-à-dire à la prise de décision et à l'évaluation. L'incommensurabilité ne doit pas devenir un argument derrière lequel le juge se cache afin d'éviter de faire un choix sensé, sensible, cohérent et équitable. Selon l'auteur Goodin, le débat de l'incommensurabilité tend à déformer les choix difficiles en choix faciles¹⁰⁸. Comme il n'existe pas de mauvais choix entre deux choix incommensurables, le décideur sera tenté de banaliser son choix et de s'en remettre au hasard (pile ou face?)¹⁰⁹. Or, la réparation du préjudice non pécuniaire n'est pas une évaluation facile; il s'agit d'un exercice sérieux, qui requiert un jugement pratique développé et ne se résume aucunement à une simple approximation.

¹⁰³ *Ibid* à la p 370.

¹⁰⁴ Schauer, *supra* note 63 aux pp 1225,1232.

¹⁰⁵ Voir Préville-Ratelle, *supra* note 22 au chapitre II Comment le droit comprend la souffrance, section 1.1 L'approche conceptuelle; *Brière c Cyr*, 2007 QCCA 1156.

¹⁰⁶ Schauer, *supra* note 63 aux pp 1227-28.

¹⁰⁷ *Ibid* à la p 1226.

¹⁰⁸ Robert E Goodin, « Theories of Compensation » (1989) 9:1 Oxford J Legal Stud 56 à la p 58.

¹⁰⁹ *Ibid*.

C) *L'Incommensurabilité de la Souffrance*

Dans la théorie du droit, le débat de l'incommensurabilité exige que nous choissions une position qui servira le mieux notre jugement dans l'évaluation des dommages non pécuniaires. Ce choix nécessite de formuler le droit de la réparation du préjudice non pécuniaire dans les termes du débat sur l'incommensurabilité. D'un côté, la réparation du préjudice pécuniaire répond d'une conception marchande de la compensation, qui implique une commensurabilité des préjudices subis. La commensurabilité des objets, la possibilité de traduire leur valeur en termes monétaires, provient du fait qu'il existe un marché, dans lequel les acteurs (les acheteurs et les vendeurs) accordent une valeur à l'argent et s'entendent sur le prix des biens et des services. Sans ce marché et cette reconnaissance de la valeur de l'argent, l'argent n'offrirait aucune mesure significative de la valeur des objets. Il est manifeste que l'évaluation des dommages pécuniaires répond des valeurs du marché.

À l'opposé, la réparation du préjudice non pécuniaire concorde davantage avec une conception non marchande de la compensation. Bien que la justification conceptuelle tende à traiter la souffrance comme s'il s'agissait d'un bien, les justifications personnelle et fonctionnelle prônent l'incommensurabilité de la souffrance; l'indemnité ne mesure pas la souffrance, elle sert à redonner du bien-être à la victime. Ce penchant pour l'incommensurabilité s'explique par le fait que, contrairement aux préjudices pécuniaires, il n'existe pas de marché pouvant établir la valeur des préjudices non pécuniaires. Il n'y a pas d'acheteur, ni de vendeur, ni de consentement sur la valeur de la souffrance.

Toutefois, bien qu'il n'y ait pas de marché, il existe des tribunaux et des précédents qui nous permettent aujourd'hui d'associer certaines valeurs monétaires à certains préjudices non pécuniaires. Par exemple, la tétraplégie vaut 100 000 \$ de 1978 ou 341 000 \$ aujourd'hui. Les tribunaux par l'entremise du droit à la réparation ont fait en sorte que la souffrance devienne de plus en plus commensurable en termes légaux et monétaires avec l'augmentation des décisions et de l'information qu'elles contiennent. Cela s'explique, selon Glenn, par le fait que « la commensurabilité des concepts peut être assurée à travers une augmentation de l'information relative aux critères de commensurabilité ou, en cas de comparaison, relative aux objets de la comparaison. »¹¹⁰ La gravité de l'atteinte et l'âge guident alors l'évaluation des dommages non pécuniaires :

¹¹⁰ Glenn, « 2000 », *supra* note 43 à la p 58.

One suggestion is that severity of injury and age of the injured party are the main relevant factors, with the implication that severity of injury is something that can at least be roughly scaled or placed in categories ranging from least to most severe. By linking such a scale to ranges of dollar amounts, this approach asks the law to institutionalize a scalar version of commensurability, though not one that is outright reductionist in equating freedom from injury with dollars.¹¹¹

Les systèmes de tarifs produisent le même effet. Qu'ils soient statutaires ou judiciaires, ces systèmes créent une commune mesure entre la souffrance et les dommages non pécuniaires ou, pour les détracteurs, ils marchandisent la souffrance. Cependant, le débat ne doit pas être de savoir s'il est permissible de marchandiser la souffrance. La question est plutôt de nous demander si nous désirons la commensurabilité comme discours commun dans la réparation de la souffrance : « The question then is not whether it is 'permissible' to do so, but only whether we, as a certain linguistic subcommunity, have in fact done so, or whether we would want to do so. »¹¹²

Nous pourrions simplement envisager la commensurabilité comme étant la création d'un discours commun. La création d'un tel discours résoudrait tout problème d'incommensurabilité et assurerait un droit de la réparation de la souffrance prévisible et cohérent. Selon Heidlebaugh, la commensurabilité ne serait qu'un accord sur les règles à appliquer dans nos jugements : « [an] agreement on a rules-based way of making and legitimizing judgments »¹¹³. La commensurabilité permettrait surtout d'établir une valeur de comparaison. Si l'on considère que les tribunaux adoptent généralement une approche comparative, l'établissement d'une valeur de comparaison devient primordial. Selon Ben-Amitai, le choix de la valeur de comparaison est fondamental et incontournable dans une approche comparative¹¹⁴. Évidemment, le choix de la valeur de comparaison ne sera jamais parfait. Ce choix est contextuel et ne pourra jamais tenir compte de l'ensemble des différences. Mais comme le rappelle Schauer, la commensurabilité demeure une construction humaine et aucune comparaison ne peut évaluer l'ensemble des égalités et des différences¹¹⁵.

Toutefois, le choix de la commensurabilité ne rend pas la souffrance pour autant commensurable. Affirmer que la pratique judiciaire a créé la commensurabilité de la souffrance en termes monétaires serait une

¹¹¹ Radin, *supra* note 87 à la p 81.

¹¹² Schauer, *supra* note 63 à la p 1223.

¹¹³ Heidlebaugh, *supra* note 30 à la p 10.

¹¹⁴ Ben-Amitai, *supra* note 44 à la p 365.

¹¹⁵ Schauer, *supra* note 63 à la p 1219.

explication facile et trop peu convaincante pour la majorité des juristes. Selon l'auteure Jill Frank, bien qu'une mesure présume la commensurabilité, l'établissement d'une valeur de comparaison ne peut pas en soi créer la commensurabilité¹¹⁶. Une analyse plus approfondie de l'approche comparative des tribunaux permet de reconsidérer le choix de la commensurabilité. En effet, le jugement ne mesure pas la souffrance en termes monétaires, il ne fait que la comparer avec la souffrance subie par d'autres victimes.

Dans son exercice de comparaison, le juge identifie les rapports de ressemblance et différence entre les souffrances, c'est-à-dire entre des réalités qui ne peuvent partager qu'une ressemblance partielle et jamais totale. Cette tendance comparative des tribunaux dans la réparation de la souffrance répond davantage de l'analogie que de l'emploi d'une mesure de comparaison commune. À l'opposé de la déduction et du syllogisme, selon lesquels le particulier est subsumé sous une règle générale, l'analogie ne fonctionne pas par l'application de règles générales à des cas particuliers : « analogies identify what is different not by subsuming particulars but by highlighting particularity » et « analogies call for the perception of particulars in relation to other particulars. »¹¹⁷ Selon Frank, l'analogie reconnaît à la fois les égalités et les différences; elle assure l'équité par la réciprocité¹¹⁸. Se basant sur les écrits d'Aristote, Frank rappelle que l'analogie regroupe ensemble les différents rapports dans une unité de quatre éléments, ou selon la formule d'Aristote : $A/B = C/D$ ou $A:B::C:D$ ¹¹⁹. Afin qu'une telle analogie rende justice par le respect de l'égalité et des différences, Frank soutient que les analogies doivent être formulées à la lumière des circonstances particulières à chaque cas et que les décideurs doivent avoir une certaine expérience des éléments comparés et de leurs relations :

Indeed, in order to work, analogies must be articulable into their different moments. In this way analogies achieve generality and preserve particularity at the same time. Because to perceive is to grasp by way of experience, analogies depend on a certain familiarity with the individual terms and their relations.¹²⁰

Ainsi, les analogies ne justifient pas logiquement ou ne peuvent pas être prouvées ou démontrées : « There are no *a priori* rules or criteria for

¹¹⁶ Jill Frank, *A Democracy of Distinction: Aristotle and the Work of Politics*, Chicago, University of Chicago Press, 2005 à la p 86.

¹¹⁷ *Ibid* à la p 96.

¹¹⁸ *Ibid* aux pp 86, 96-98.

¹¹⁹ *Ibid* à la p 96.

¹²⁰ *Ibid*.

judging analogousness.»¹²¹ En d'autres mots, la formule d'Aristote n'exige ni rigueur mathématique, ni logique déductive dans la détermination de la justice¹²².

Heidlebaugh rejoint Frank sur ce point. Son concept de « jugement actif » (« active judgment ») ressemble beaucoup à la description de Frank de l'analogie. D'abord, le jugement actif se situe dans l'action, particulièrement lorsque les circonstances nous obligent à agir¹²³. Le jugement actif est par le fait même contraire au jugement critique que nous exerçons généralement après l'action. Puis, le jugement actif ne peut pas être réduit à l'application de règles, de principes ou de méthodes. Au contraire, nous nous engageons dans le jugement actif justement parce qu'il n'y a pas de méthode dictant nos décisions : « Active judgment may be characterized as the concentrated engagement we experience when we must act but there is no method dictating how. »¹²⁴ Enfin, lorsque le jugement actif est aussi artistique, il emploie l'analogie comme réponse à l'absence de règles et de mesures de comparaisons. Le jugement n'est plus une question « de pesage et de mesurage » (« weighing and measuring »), mais bien « de couture et de tissage » (« stitching or weaving »)¹²⁵. Tout comme l'analogie, le jugement actif et artistique permet de tisser et de raccorder des liens entre des réalités qui sont difficilement mesurables entre elles : « a weaving or stitching metaphor suggests how the thinker exercises active judgment in her attempts to enter, take part in, and even redirect the course of an ongoing conversation. »¹²⁶

Dans le droit de la réparation de la souffrance, le juge adoptant l'approche comparative compare généralement la souffrance de la victime (Sv) et l'indemnité qu'il accorde (Iv), avec la souffrance d'autres victimes (Sx) et les indemnités qui leur ont été accordées (Ix), selon le modèle suivant : $Iv/Sv = Ix/Sx$. En d'autres mots, les juges comparent la souffrance avec d'autres souffrances, et l'indemnité avec d'autres indemnités. Il s'agit bien d'un raisonnement par analogie, qui ne transforme pas un item incommensurable en un item commensurable. Toutefois, bien que les juges emploient l'analogie, cela ne signifie pas qu'il n'existe aucun principe ou aucune mesure guidant leur jugement. Il est manifeste que la gravité de l'atteinte constituera toujours une valeur de comparaison dans l'évaluation des dommages non pécuniaires. Le juge Dickson lui-même l'a reconnu dans l'arrêt *Andrews* : « il faudra toujours adapter [les indemnités] aux cas

¹²¹ *Ibid.*

¹²² *Ibid* à la p 97.

¹²³ Heidelbaugh, *supra* note 30 à la p 25.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ *Ibid* à la p 142.

¹²⁶ *Ibid* à la p 143.

particuliers, selon le genre de blessures, la situation de la victime et les fluctuations des conditions économiques. »¹²⁷

Ainsi, même si l'on préfère l'analogie à la commensurabilité, l'établissement d'une valeur de comparaison devient inévitable dans la pratique. Glenn explique ce constat par le fait qu'en plus de faciliter l'exercice du jugement, le raisonnement comparatif est simplement inévitable : « Human reasoning inevitably becomes comparative reasoning, all criteria standing beside others, all methods co-existing with others. Denial of this would simply be a closure. »¹²⁸ En d'autres mots, le simple processus de délibération rendrait commensurable l'incommensurable.

Il appert que les intuitions du raisonnement juridique sur la commensurabilité et l'incommensurabilité sont divisées. Autant la commensurabilité facilite le jugement, autant l'incommensurabilité demeure un artéfact de la pensée occidentale et de notre discours. Cependant, tout comme l'incommensurabilité, le raisonnement juridique et le droit font partie de notre discours commun et l'influencent :

[L]aw not only reflects culture, but also shapes it. The law is a powerful conceptual-rhetorical, discursive-force. It expresses conventional understandings of value, and at the same time influences conventional understandings of value.¹²⁹

Dans la réparation de la souffrance, le droit n'est donc pas sujet de l'incommensurabilité : le droit peut choisir sa propre voix et influencer le débat sur l'incommensurabilité de la souffrance. Les aspirations du droit de la réparation se résument généralement à une réparation des préjudices qui serait équitable, cohérente et prévisible. Équitable signifie que le droit assure une égalité entre les victimes, mais une égalité qui tient compte des différences. Cohérente implique que le processus d'évaluation réponde à des règles communes. Prévisible indique qu'il existe une certaine uniformité entre les jugements, permettant ainsi de prévoir les résultats des litiges. En tenant compte de ces aspirations, le droit peut faire un choix éclairé sur l'incommensurabilité : les règles de la commensurabilité facilitent la cohérence et la prévisibilité, tandis que l'incommensurabilité, par l'emploi de l'analogie, sert surtout l'équité.

En pratique, cela signifie que le droit de la réparation du préjudice non pécuniaire doit mieux définir sa méthode d'évaluation. L'incommensurabilité ne pose pas de problème à la justification du droit à la réparation. Que la souffrance et le droit aient une commune mesure ou non, les tribunaux

¹²⁷ Andrews, *supra* note 23 à la p 263.

¹²⁸ Glenn, « LWT », *supra* note 31 aux pp 45-46.

¹²⁹ Radin, *supra* note 87 à la p 83.

doivent indemniser le préjudice non pécuniaire, puisqu'il s'agit d'un intérêt réparable aux yeux des justiciables. Les dommages non pécuniaires ne représentent pas seulement une somme d'argent, ils signifient aussi la reconnaissance par les tribunaux de la souffrance de la victime. L'indemnité non pécuniaire démontre à la victime que sa souffrance est prise au sérieux par le tribunal : « [it] is required to symbolize public respect for the existence of rights and public recognition of the transgressor's fault with regard to disrespecting rights. »¹³⁰ Bien que l'indemnité soit surtout symbolique, l'incommensurabilité ne fait pas obstacle au droit à la réparation.

Subséquentement, le débat de l'incommensurabilité touche principalement le choix de la méthode d'évaluation : conceptuelle, personnelle ou fonctionnelle. Peu importe la méthode favorisée, il faut tenir compte de notre propension dans nos jugements à comparer. Selon Glenn, la comparaison devient possible lorsque les éléments comparés se situent dans un « continuum d'information »¹³¹; c'est par la recherche de l'information adéquate permettant la comparaison que l'on peut surmonter le problème de l'incommensurabilité¹³². Cette recherche implique une inspection de la pratique du droit, afin d'établir un discours commun qui pourrait réconcilier les positions divergentes en matière de méthode d'évaluation de l'indemnité en réparation de la souffrance.

La pratique du droit révèle que malgré la confusion, (i) la gravité de l'atteinte, (ii) la personnalisation de l'indemnité de la victime et (iii) la raisonnable de l'indemnité demeurent les trois critères les plus significatifs dans la jurisprudence. Aucune des trois méthodes ne permet séparément de remplir ces trois critères. Seule une méthode mixte, telle que la méthode conceptuelle personnalisée à raisonnable fonctionnelle du professeur Gardner¹³³, peut remplir ces trois critères; les trois approches possèdent ensemble les ressources pour résoudre leur conflit. En pratique, une méthode conceptuelle personnalisée à raisonnable fonctionnelle requiert une élaboration plus concrète que la formulation doctrinale du professeur Gardner. Je ne prétends pas pouvoir élaborer une application concrète de cette méthode, mais je crois que, pour le préjudice corporel non pécuniaire, une telle méthode passe inévitablement par la création de lignes directrices judiciaires, qui établiraient des intervalles flexibles pour chaque type de blessure. Cette méthode conceptuelle personnalisée ne rendrait pas pour autant la souffrance commensurable.

¹³⁰ *Ibid* à la p 61.

¹³¹ Glenn, « 2001 », *supra* note 29 à la p 143.

¹³² *Ibid* à la p 144.

¹³³ Voir Préville-Ratelle, *supra* note 22 au chapitre II. Comment le droit comprend la souffrance, section 2 La confusion des approches.

Elle créerait le continuum d'information nécessaire au jugement comparatif, mais laisserait aussi une marge de manœuvre importante aux juges dans l'établissement d'une indemnité personnalisée, tout en permettant l'application de la raisonnable fonctionnelle. Elle assurerait à la fois l'équité, la cohérence et la prévisibilité, et répondrait à nos besoins d'analogies et de comparaisons.

En ce qui concerne le préjudice moral non pécuniaire, la méthode serait aussi souhaitable, puisque les dommages non pécuniaires devraient être évalués de la même façon, peu importe qu'ils soient corporels ou moraux. Il semble néanmoins que cette méthode puisse être plus difficile à concevoir, puisque la jurisprudence en matière de préjudice moral non pécuniaire est moins abondante et qu'il existe en théorie une infinité de types d'atteintes morales. Tout comme l'incommensurabilité, ces difficultés ne devraient pas pour autant faire obstacle à l'adoption de la méthode. Ce n'est pas parce que la comparaison est difficile et souvent imprécise qu'elle est impossible. Ainsi, malgré les intuitions partagées du raisonnement juridique concernant le débat sur l'incommensurabilité, cette notion n'est pas un obstacle à une réparation de la souffrance équitable, cohérente et prévisible.